

共謀共同正犯について

——中国の共同犯罪論との比較研究——

鄭
澤
善

目次

序章

第一節 問題の所在

第二節 本稿の構成と目的

第一章 共謀共同正犯論に関する諸学説

第一節 共同意思主体説とその検討

共同意思主体説

共同意思主体説の検討

第二節 間接正犯類似説とその検討

間接正犯類似説

間接正犯類似説の検討

第三節 行為支配説とその検討

目的的行为支配説

目的的行为支配説の検討

優越的行为支配説

優越的行为支配説の検討

団藤博士の新しい見解

団藤博士の新しい見解の検討

第四節 価値・規範的行為説とその検討

価値・規範的行為説

価値・規範的行為説の検討

第五節 小括

以上本号

序章

第一節 問題の所在

周知のように、共犯論は、対立の激しい理論的刑法学の中でも、最も複雑な様相を呈している領域である。犯罪論における諸問題が、集約的に展開されている分野と言える。^①その中であって、新旧両派から学派の対立を越えて、共謀共同正犯論は、多年にわたり、十字砲火の批判を浴び続けてきた。^②

共謀共同正犯とは、二人以上の者が犯罪の実行を共謀し、共謀者の中の一部の者が実行に出た場合、実行を分担していない共謀者も刑法六〇条の共同正犯として責任が問われるものとする刑法上の概念である。共同正犯が成立する要件として、学説では一般に、主観的な共同実行の意思とともに、客観的な共同実行の事実、つまり、各人が現実の実行行為を直接に分担することが必要であるとされてきた。しかし判例は、共謀に基づいて犯罪が実行された場合には、実行行為を自ら行なわなかった者も、共同犯行において果たした役割により、実行行為者と同じく共同正犯として処罰されうるとしている。すなわち、実行行為の分担は必ずしも共同正犯の要件ではないとするのである。現実の社会現象としては、二人以上の者が一つの犯罪に関与した場合、そのうちに実行行為に当たった者と実行行為を分担しなかった者がいても、社会的には関与者全員が犯行の主体であると観念され、また、関与者自身においても互いに協力して犯罪を遂行したものだと思われている事例が存在する。実務は、こうした共同犯行について、法的に表現すれば共同正犯に相当すると評価しているものと思われる。^③この共謀共同正犯理論は、既に大審院時代から認められてきており、最高裁判所もこれを踏襲した。そして、下級審に至るまで、現在では、判例上は完全に定着していると言える。^④

これに対して、学説は、かつてはいわゆる共同意思主体説を除き、実行行為を行わない共謀者を共同正犯と認め

るのは共同正犯の不当な拡大をもたらすとして、こぞって共謀共同正犯に対して反対の態度を採り、判例と鋭く対立してきた。もともと、日本では、中国と同様に、伝統的には、犯罪意思を形成する際に重要な役割を果たした者を主犯と考える傾向が強い。例えば、新律綱領三九条は、「凡共に罪を犯す者は、造意一人を以て首と為し、追従者は、従と為し一等を減す」と定めていた。ところが、刑法典は、ヨーロッパ型の共犯規定を採用し、その解釈論においては、直接手を下した者を正犯とし、実行行為を全く行なわない者は正犯にはなりえないとした。共謀共同正犯をめぐる対立は、国民に支持される常識的で伝統的な共犯概念を無視することのできない実務の共犯論と、西欧型の「近代的立法と理論」に忠実な学説による共犯論との対立だと思われる。^⑤しかし、近時では共同意思主体説以外にも、一定の範囲で共謀共同正犯を肯定しようとする見解が増えつつある。これは、客観主義刑法理論が学派の対立の止揚を唱えて主観主義刑法理論に接近し、実行概念の自然・物理的把握から価値・規範的把握へと転換しつつあるという大きな潮流と無縁ではなからう。^⑥また、判例の動かしがたい定着状況に鑑み、いたずらに共謀共同正犯を否定するよりも、これを精緻に理論化して、その成立範囲の適切な限定を図るべきだという発想から来た面もあるのではないかと思われる。

日本の学説が、共謀共同正犯に対して否定的立場を採ってきたのは、犯罪に関わった各人に実行行為の分担を要求するからであって、それは、形式的には、刑法六〇条が「共同して犯罪を実行した」と規定しているからである。しかし、それは一つの自然的な解釈ではあっても、必然的な解釈とは言えない。^⑦「共同して犯罪を実行した」と言えるのはどのような場合なのかがまさに問題で、現実に行うのは一部の者であっても、その実行行為が全員に共同のものとして帰属されるような場合を、これに含ませることも、文言解釈として不可能ではないであろう。^⑧実行行為の分担が共同正犯の客観的要件として厳守されてきた根拠は、限縮的正犯概念に基づき、構成要件は正犯の記述であり、

実行行為を自ら行なうことが正犯性の一般的標識でもある、とされてきたためであった。^⑨ところが、実行行為をこのように自ら遂行しない限り、共同正犯行為とは認められないとする論理的必然性は存在しないであろう。それは、これらの見解も認める「一部行為の全部責任」の原則にも表れていると思われる。例えば、二人が銀行強盗を謀議して、一人が暴行・脅迫行為を、もう一人が強奪行為を実行した場合、二人は自ら全ての構成要件該当行為をしたわけではないが、強盗罪の共同正犯である。また、殺人を共謀した二名の者が一人に対して発砲したが、一発の弾丸だけが命中して死に致らしめた場合、命中しなかった発砲行為は、実行行為ではあっても、構成要件に全面的に該当した行為とは言えないが、二人は殺人罪の共同正犯である。このように、共同正犯において、共犯者は、他の正犯の実行行為による結果に対しても正犯としての責任を負うということが認められる以上、結局は、何ら実行行為に出ない共謀者も、その果たした役割により、共同正犯とすることは充分可能ではなからうか。それでもなお、部分的であれ構成要件該当行為の一部を分担する必要があるとか、あるいは、構成要件実現に対して因果的には何ら意味のないものであっても実行行為を行わなければならないと言うのであれば、そこには、共同正犯の成立要件を客観的なものにしようとする政策的理由以外のものはない。^⑩であるならば、共同正犯の客観化のためには、構成要件的行為の一部分担という形式的な要件ではなく、他の実質的で客観的な要件を立てることも足りるのではなからうか。ここで、客観的に協力しあって犯罪を実現する面が重要であるとしても、その協力的行為を自然的実行行為に制限する合理性はないであろう。

実際にも、実行行為の一部分担を要求する見解の中には、実質的にはその枠を超えようとするものがある。例えば小野清一郎博士は、「二人以上の行為を全体として観察」すると、見張りのような場合、自ら何ら手を下さなくても、実行の分担と認められる、とされた。^⑪しかし、人が盗む際に見張りをする行為は、たとえ全体的に考察したところで、

自ら盗む行為でないことは明かである。ここでは既に、形式的な構成要件の実行行為を自ら行なうということではなく、その代わりに、その行為が犯罪の遂行にとって持つ必要性あるいは重要性という規範的観点が考慮されているのである。¹³⁾

このように、形式的実行行為をもって正犯性のメルクマールとする前提は、もはや必ずしも維持を要しないものとなっていると思われる。平野龍一博士は、既に、正犯行為は実行行為(形式的)の概念とは別に構成されなければならないことを主張されていた。¹³⁾ 共謀共同正犯における基本的な問題は、こうして、まさに、実行行為を形式的自然的にのみ把握するのではなく、規範的に把握することの当否の点にあるう。

なお、具体的にみると、共謀共同正犯として問題となる場合にも、様々な類型がある。実行行為は行っていないが、見張りなど何らかの行為の分担がある場合もあれば、黒幕として共謀以外には何ら関与していない場合もある。そして、一定の行為の分担のある前者の類型を共同正犯の中に位置づけることも、共謀共同正犯論の一つの問題であるが、行為の分担を伴わない後者の類型が、まさに共謀共同正犯の典型であろう。共謀共同正犯においては、実行行為を行わない共謀者につき、その果たした役割により、正犯性が認められるかどうかこそが問題の核心である。そこで、重要な役割を果たした者が、正犯として処罰される可罰性を規範的視点から検討する必要がある。

ところで、中国においても共同犯罪形態による犯罪が多く発生しており、¹⁴⁾ 判例や学説が対応に苦慮している状況である。学説では、共謀に関わっただけで、実行行為に出なかった者への処罰については、肯定説と否定説が対立しているが、判例では、その果たした役割により主犯として処罰されているのが実情である。共犯論においては、日本と中国では立法の状況が異なり、したがって、その議論の基盤が異なっているが、共同犯罪という現象が存在する限り、類似の問題の処理に直面するわけである。そして、実態に合わせた的確に処罰しようとするかぎり、同様の犯罪

現象については、究極的には、基本的に同じ法理を以て対応すべきであろうと思われる。

中国の近代的な刑事立法は、紆余曲折を経てやっと正しい軌道に入ったところで、同じ大陸法かつアジア法に属する日本法から学ぶ点が非常に多いと思われる。ただ、中国の刑事立法は歴史が長いだけでなく、封建時代には日本を含めアジア近隣諸国に大きな影響も与えた。中国刑法にも、時代を超えて現代に通ずるような、それなりに合理的な部分があることは否定できない。特に、その伝統の中でも、共同犯罪において、果たした役割により「主犯」か「従犯」か区分して処罰する点は、今日の刑法でも堅持されており、かなり示唆的な箇所の一つであると言えよう。本稿は、このような見地から、まずは、日本の共謀共同正犯について、中国法からも示唆を受けつつ、共同犯行の中で当人が果たした役割を基準とすることにより、処罰を合理的な範囲に客観的に限定しうることを論証しようとするものである。他方、そうした共謀共同正犯論を含む、日本の共犯論からの中国刑法への示唆についての考察は、今後の課題とすることにした。

第二節 本稿の構成と目的

本稿は、前述のような問題意識に基づき、形式的実行行為の自手的遂行に替わる価値・規範的行為による実質的な正犯標識を探りつつ、共謀共同正犯の当罰性について、中国の共同犯罪論との比較法的視点も交えて検討したものである。

第一章では、学説における共謀共同正犯理論の形成過程およびその当否を検討することにする。この検討を通じて、共同意思主体説、間接正犯類似説および行為支配説の問題点を究明する。それとともに、正犯概念では自然・物理的把握だけにこだわるのではなく、価値・規範的把握こそ重視すべきであるという視点から、実質的共謀共同正犯論の必要性および可能性について、論証を試みたい。

第二章では、日本の旧刑法時代から現在に至るまでの判例における共謀共同正犯論を概観し、判例が共謀共同正犯を認めてきた背景、根拠、共謀共同正犯としての処罰範囲などを抽出する。それと同時に、判例が定着したのは、どのような理論的根拠に支えられたのかを、正犯概念は価値・規範的視点から把握すべきであるとの視点から考察する。

第三章では、中国の共同犯罪論との比較法的視点から共謀共同正犯の可罰性を検討する。まずは、中国歴代刑事立法における共同犯罪に関する規定を概観する。その作業を通じて、中国歴代の封建刑事法理は、共謀共同正犯をどう処罰したかを批判的に考察して、その法理の中にも合理的な部分があるかどうかを究明したい。次に、中国現行刑法における共同犯罪の規定、理論および共同犯罪の成立要件を検討する。この中では特に、共同犯罪における「主犯」の構成要件、処罰範囲と共謀共同正犯との比較に重点を置き、正犯概念を価値・規範的に把握する必要性および可能性について検討したい。

第四章では、共謀共同正犯の処罰について、一応の試論の展開を試みる。ここではまず、共謀共同正犯の共同正犯としての当罰性をそれなりに確認し、あわせて共謀共同正犯の成否にとって極めて重要な共謀概念の内容を明らかにしたい。その過程では、犯行の実質を価値・規範的に把握する観点から徹底的に究明するとともに、教唆犯又は従犯として処罰するだけでは、当罰性の要求には充分に応えられない事例があることの検討にも重点を置く。次に、私見において極めて重要な基準となる、「重要な役割」概念の定義および共同正犯としての処罰範囲について、教唆犯または従犯としての当罰性を超える正犯としての指標をさぐる観点から検討を加える。ただし、重要な役割の認定については、ある程度の曖昧さが伴うことから、その詳細な基準の確立は、なお判例の積み重ねを待たざるを得ない部分が残る課題であることも指摘したい。そして、最後に、共謀共同正犯処罰の立法問題につき、改正刑法準備草案および改正刑法草案を概観したうえ、それらをめぐる論争を踏まえて、立法化の意義および必要性について検討を加え、

一定の立法的提案を試みる。

終章では、結論として、共謀に加わり重要な役割を果たした者は、実行行為に出なかったとしても、その役割を価値・規範的に把握すれば共同正犯になりうることを指摘したい。また、本来は、立法的解決が望ましいことも指摘したい。

注

(1) 畢英達「共謀共同正犯に関する試論」北法四六号五三六頁。

(2) 石田清史「共謀共同正犯の研究」駒沢大学大学院公法学研究一〇号三八頁。

(3) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」『特集・共謀共同正犯理論の総合的研究』刑法雑誌三一巻三号三一五頁。

(4) 臼木豊「正犯概念と共謀共同正犯」上智法学三二巻一号八八頁。ちなみに、「生きた法」だと言われている判例が、共謀共同正犯としての処罰を必要とする背景については、様々な指摘がなされている。第一に、集団や組織の中心的存在であって、その配下の者を精神的・物質的に支配して、犯罪行為に至らしめるような、いわゆる背後の大物の処罰を確実に行なうためであると言われる（村井敏邦「共謀共同正犯」『特集・共謀共同正犯理論の総合的研究』刑法雑誌三一巻三号三三三頁）。このような場合、実行者の背後に潜む「黒幕」「大物」を、単なる狭義の共犯とするのでは足りず、より重く処罰すべきであるという配慮がある（団藤重光『刑法綱要総論第三版』平成二年三九七頁）。あるいは、背後にいて計画を立て、実行を指示した者は、実行者に比して実質的に必ずしも軽い役割を担っているとはいえず、むしろ重要な役割を果たしている場合もあるが、「正犯」という評価には、その犯罪の「主犯」という実質的な評価機能もあるため、狭義の共犯とすると、実行者と同等、あるいはより重い刑を科すことが困難になると言われる（平野龍一『刑法総論Ⅱ』昭和五〇年四〇〇頁）。第二に、現実の関与形態には、狭義の共犯の理念型では把握しにくい場合が多いことも挙げられている。現実には、話し合いの過程で互いに影響しあって次第に犯意が形成されてゆくという、いわば相互教唆・相互精神的幫助の複合した形態を取ることが多く、この実態を捉えるためには「共謀」という概念がより適していると言われているのである（藤木英雄「共謀共同正犯」『可罰的違法性の理論』昭和四二年三〇七頁以下）。第三に、犯罪事実認定にかかわる訴訟上の簡便性が指摘されて

いる。つまり、ある関与者につき教唆犯あるいは幫助犯の罪責を問うためには、その行為がこの者により、いつ、どこで、誰に、どのようになされたのかを特定し、立証しなければならない。特に教唆の場合は、それによって実行者が犯意を生ぜしめられたことも立証しなければならない。しかし、それは困難かつ煩瑣であり、それに比べて、単に「共謀の上」と表示するだけで、特別な立証もせずに処罰できるとすれば、そのほうがはるかに簡便なのである(小暮得雄「共謀共同正犯」ジュリスト五〇〇号四〇九頁)。

(5) 前田雅英「共謀共同正犯」法学教室一四七号四一頁以下参照。団藤重光博士は、共謀共同正犯を認める判例に対して強い否定的態度をとってきたが、他方で、実務が共謀共同正犯の考え方に固執していることには、少なくとも一定の限度において、それなりの理由があるのではないかと肯定する立場を表明した。(刑集三五卷六号六九五頁以下)。このことは、判例に示された実務的感覚が、社会事象の中に深く根ざしていることを物語っていると思われる。なお、大野平吉教授は、日本社会の家族的構成が、判例の共謀共同正犯論の社会的基盤をなしていると指摘したが、これも注目される。(大野平吉「判例の共謀共同正犯論について(1)」専修法学論集六三三九頁以下、同「判例の共謀共同正犯論について」共同正犯と幫助犯「補説」『西原春夫教授古稀祝賀論集』第二卷一九九八年三二五頁以下参照)。

(6) 石田・前掲注(2)三九頁。なお、下村教授は「共謀共同正犯と共犯理論」一〇三頁で、莊子邦雄教授の説を「価値的行為説」と称している。

(7) 西原春夫「共謀共同正犯」中義勝編『論争刑法』昭和五一年二二四頁、同『刑法総論』昭和五二年三四四頁。植松正「共謀共同正犯」『刑法講座』第四卷昭和三八年一一一頁、同『再訂刑法概論——総論』昭和四九年三六七頁等。

(8) 平野・前掲注(4)三九七頁。

(9) 臼木・前掲注(4)九一頁。

(10) 臼木・前掲注(4)九二頁。

(11) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』昭和二八年一一五頁。

(12) 平野・前掲注(4)三九七頁。臼木・前掲注(4)九二頁。

(13) 平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』(昭和五六年)一二七頁。

(14) 畢・前掲注(1)五四三頁。なお同五四三頁によれば、一九八八年に北京市のある人民法院(日本の地裁にあたる)が審理

した全刑事事件のうち、約二〇%が、何らかの共同犯罪形態で犯されたものだったという。

第一章 共謀共同正犯論に関する諸学説

判例により形成された共謀共同正犯論に、理論的根拠をはじめて与えたのは、草野豹一郎博士の共同意思主体説である。だが、この共同意思主体説に対しては、提唱された当初から、否定的立場からの根強い批判が加えられた。批判の矛先は、草野説が近代刑法学の大原則である個人責任の原則に反している点に集中した。これに対して、近時では、個人責任の原則に基づいて共謀共同正犯に理論的根拠を与えようと試みた行為支配説、間接正犯類似説、価値・規範的行為説等が提唱されている。だが、これらの学説も、種々の批判を免れなかった。本章では、学説におけるこの論争を概観し、諸学説の問題点を検討して、正犯概念は価値・規範的に把握すべきであることを明らかにしたい。

第一節 共同意思主体説とその問題点

共同意思主体説

共同意思主体説は、「共同意思主体」という観念で共謀共同正犯論を説明しようとする学説の総称である。同じく共同意思主体説に分類されるものでも、その内容は、論者によりかなりの差がある。

草野博士は、「共犯関係を以て、所謂行為共同説の如く、共犯者各自が、他人の行為を利用して自己の犯罪を行なうものであると解するにおいては、共犯の問題は、すべて、因果関係論を以て解決しうることになり、端的に言うならば、終には、共犯無用論に帰着せねばならぬことになる。しかし、さればといって、共犯論維持の意味からして、無条件に所謂犯罪共同説に加担することも出来ぬ。何となれば、犯罪共同説はあまりに犯罪事実に執着して行為者ということを閑却する嫌があるからである。」^①と犯罪共同説と行為共同説の双方を批判して、共同意思主体説こそ共犯

規定理解の唯一の正論であると主張した。

そして、立論の根拠につき、「凡そ社会現象は、個人の単独なる行為に因って生ずるばかりでなく又数人の共同なる行為に因っても生ずるものである。此の共同現象は経済学に於ては分業又は合同の関係として研究せられ、民法商法に於ては法人又は組合の制度として規定せられている。而して此の現象を刑法上より観察するときは、共犯なる觀念が生ずるのである。蓋し、二人以上の者が共同目的に向かって合一する所に特殊の社会的心理的現象を生ずるからである。例へば、一人では深夜廁に行き得ない臆病な少年でも二人とならば之を敢行し得るが如きは之を証して余あるものである。」²⁾と論じたうえ、その特徴につき、「共同意思主体説の特色は、二人以上の異心別体たる個人が一定の犯罪を犯すと云ふ共同目的を実現する為、同心一体となる点に在ると云はねばならぬ。併し、この共同意思の主体と云ふことは、決して自然的に発生するのではなく、かならずや、二人以上の者が一定の犯罪を行ふに付いて協議することから成立するものである。而して此の協議を為すことを通謀又は陰謀と云ふのである。之を譬ふれば、法人または組合の設立行為に比すべきであろう。故に通謀が通謀に止まる間は、共同意思主体の活動はないわけである。しかし、通謀が整って、通謀者の一人が共同目的たる犯罪の実行に著手するによりて、そこに、はじめて、共同意思主体の活動があることになり、随て犯罪の実行に著手せざる通謀者も、自ら実行に著手したるものと看做さるることになる。されば、一定の犯罪にして、之を単独にて行ふ場合に於て、少くとも、実行に著手することを犯罪の成立要件と為すものに付ては、数人の者に於て之が通謀を為すも、通謀が単に通謀に止る限り、換言すれば、通謀者中の何人も、未だその実行に著手せざる限り、そこに犯罪は成立しないのである。」³⁾と主張した。

草野博士の説は、共犯を特殊な社会・心理的現象と把握して、共謀により、異心別体たる数人が一定の犯罪を犯すという共同目的を実現するために、同心一体となるものとし、そのうちの一人が共同目的のために犯罪を実行した場

合は、その行為は共同意思主体の活動として考えて、全員につき共犯が成立しようとしたのが特徴である。

これに対して、斎藤金作博士は、基本的には草野博士の見解を継承しながらも、草野博士の「共犯成立上の連帯性」の主張と異なり、「共犯成立上の一体性」・「共犯処罰上の個別性」を提唱した。つまり、草野博士が「共犯の連帯性」ということを強調するのあまり、共犯処罰の点にまでこれを認めようとするのは、いささか行き過ぎである、と言わなければならない。何故なら、刑法は、人間——自由意思の主体としての個々の人間——を、名宛者とするからであり、小泉博士の説くがごとく、『刑罰は自然人たる個人を対象とする。特にその意思を対象とするものであるが故に、その責任の帰属はまた個別化せらるべきである。即ち共同者の責任は其の各自の身分、共同加功の程度の深淺、刑罰の加重減免の原由の存否によりて個別的に觀察せらるべきである』からである。従って、草野教授が連帯性ということを説かれる場合にも、成立上の領域においてのみこれを論ずべきであった、と考えられる。しかも、この連帯性という語は、連帯責任というような語句を連想させ、また、そのような連想を意図して用いられているのであって、草野教授も『単独犯の場合に於ける身分に因る責任阻却事由も、共犯關係を生ずることに因って、脱落して仕舞ふ』とせられているのである。しかし、共犯關係の成立と責任阻却事由の脱落とは、これを區別して考察すべきものである、と考える。すなわち、共犯關係の成立によって、当然に、責任阻却事由も脱落する、と解すべきでない、と思うのである。そして、この草野教授の『連帯性』という言葉が責任阻却事由の脱落を予定している点にかんがみ、私は、この語にかえて『一体性』という語句を以てしたいと考える。従って、共犯の成立については、『共犯成立上の一体性』という語辞を使用しようとするのである⁴⁾と論じた上で、「私は、草野教授が、共犯の連帯性ということを強調せられる結果、身分による責任阻却事由までも、当然に、脱落してしまうと解するのは、いささか、ゆきすぎではないか、と考えるのであって、やはり、処罰の点については、これを個別的に考察すべきものであると解するのである。」⁵⁾と

主張した。

このように、共犯成立上の連体性ないし一体性は共同意思主体説からする当然の帰結といえるが、^⑥処罰の点については、草野博士は「連帯性」を主張したが、斎藤博士は「個別性」を主張したのである。

他方、植松正博士の見解は、これを共同意思主体説と断定することには、疑問がないとは言えないが、少なくとも共同意思主体説に近いとは考えられる。まず、博士は、「そもそも犯罪共同説というものは、一定の犯罪を複数の者が共同して遂行すると考えるのであるから、いわゆる共同意志主体的に考えているのである。もし、共同意志主体という何か法人のような特別の人格者が設立されるように考えるならば、それは単なる犯罪共同ではないことになるが、わたくしはそのようなものを考えているのではないし、従来諸家の説くところもそうではないものと理解している。したがって、共犯理論として犯罪共同説と行為共同説のほかには共同意志主体説という第三のものが併立的に存在するようには考えたくない。」^⑦と論じた。これは、通常の共同意思主体説が犯罪共同説、行為共同説との鼎立を唱えるのと大きく異なっていると言わざるを得ない。^⑧

しかし、「ほんらい集団現象であるものを無理に個人現象に分解して議論しようとする態度がこのように根強いのは、個人責任の原則といわれるものに不当にこだわっているからである。それを正解していかないからだと言っても過言ではあるまい。この原則の意味するところは『行為者個人に出ずるものだけが、その個人の罪責に帰する。』^⑨ということである。それは、裏を返せば、中世以前における連坐、縁坐その他『罪九族に及ぶ』とするような思想の全面的否定を意味するものなのである。一定の職司にあったとか、一定の親族関係にあったとかいうような、行為の動因としては何の関係もないことがらを理由として、罪責を問われることを防ぐために発達した近代刑法の原則なのである。もとより、この意味において、いわゆる個人責任の原則が不動のものであるべきは、言うまでもない。筆者にし

ても、これに対して異議のあらうはずはないのである。したがって、いわゆる個人責任の原則に関する多数説の理解に誤りがないと思うならば、筆者もとうてい共謀共同正犯を認める立場を採るべきではないのである。それを、久しい以前から、あえて当時における学界の通説に抗して、この立場に従ってきているのは、個人責任の原則について、多数説には大きな誤解があると思うからなのである。共謀共同正犯における共謀者は具体的な実行行為に対して動因を与える役割をしているのである。犯罪行為に対して具体的・現実的なつながりを持っているという点で、連坐、縁坐の類が漠然たる身分的・静態的関連を有するにすぎないのとは、著しく異なるものである。各人は犯罪行為に対して、後者では、せいぜいのところ、いわば偶然的関係しかないのに対して、前者では、それがいわば必然的關係をもって結びついている。したがって、共謀者各人に犯行の責任を帰することは、少しも個人責任の原則に反することには成らないのである。⁹⁾とした上で、更に、「集団犯罪とか集団心理とかいうものを立論の根柢に置いて事を論ずるならば、その理論上の欲求からしても、『実行』を個別的に見ることは、にわかに組するわけにゆかないが、かりにその理論的欲求を犠牲にするとしても、教唆・幫助にすべてを組み入れるという方法では、事態の刑法的評価において、実際上の具体的妥当性を得ることができない場合があるのである。」¹⁰⁾と主張した。

植松博士の見解は、各人の行為に実行行為という単独犯の場合と同様の正犯的特徴を要求するのは意味がないとして、共謀共同正犯と教唆犯・幫助犯との区別は、犯罪実現に対して「重要な役割」を演じたかどうかによるべきものとし、その判断は、寄与の客観面のみにおいてなされるわけではなく、主観面も顧慮されるべきだとしたのが特徴である。

また、下村康正教授は、共謀共同正犯の「問題の要点は、結局、団体的共犯論の立場から共犯規定を解釈するか、それとも、個人的共犯論の立場から爾くするかということになる。この場合、共同意思主体説が立論の基礎とする団

体心理の存在は、社会心理学者によっても、すでに夙く、みとめられているところである。多衆がともに考え、ともに感じ、ともに行動するときには、団体の各員の精神作用と行動とは、各員が孤立的な一個人としてそうした境遇に置かれた場合なすべき筈のこととは、著しく異なりがちなものであって、犯罪について言えば、犯罪の危険性と重大性を決定する要因があるのである。このように、犯罪行為の一要素をなす心素の点で、個人の犯罪行為におけるのは異なったものがある以上、よって成り立つ犯罪行為についても、個人的心理をもって論ずることなく、団体的心理をもって断すべきこと、当然の理であって、現に、現行刑法典中にも、単独で行なえば一年以下の懲役にしかあたらない逃走罪(第九七条)が、二人以上通謀して行なえば三月以上五年以下の懲役(第九八条)となる場合、また、単独で行なえば二年以下(昭和二二年の改正前は一年以下)の懲役にしかあたらない暴行罪(第二〇八条)が、数人共同して行なわれれば三年以下の懲役(暴力行為等処罰に関する法律第一条)にあたり、さらに、多衆聚合してこれを行なえば騒擾罪(第一〇六条)として、その首魁は一年以上一〇年以下の懲役にあたり、指揮または率先助勢した者は六月以上七年以下の懲役にあたり、附和随行者は五〇円以下の罰金にあたる場合が規定されているのである。これらは、団体心理(group mind)、群衆心理(mob mind)、というような特殊の社会心理的現象を考慮に入れて立法したものと考えなければ理解ができないであろう。加え、共犯において、主たる役割を演ずる大物は背後にあつて糸をあやつるに止り、小物に相当する者が現実には犯罪を実行する事例の多いこと、さらには、近時、犯罪集団化の傾向のあることを思えば、右に述べた理論的長所をもってするほか、刑事政策的にも有効な点を考慮して、判例が一貫して共謀共同正犯の理論を採用する所以も明らかになるのであり、まさに、共同意思主体説こそ、共犯規定を解するのに最も妥当な見解である、¹¹⁾ といひ得るのである。」と論じた。

下村教授は、共犯の成立及び処罰について、「処罰の連体性ということの主張は、…成立上の連体性ないし一体性

にこれを求めるべきであって、処罰上の連体性については、責任の個別化ということを基礎にした上で、処罰の公平さ、責任追及の正しい在り方を考慮しての一つの帰結と解すべき¹²⁾」だと論じたのである。

これに対して、西原春夫教授は、逆に、個々の用語や説明においては草野博士以来の共同意思主体説に近いが、論理の中核的部分については、むしろ、古典的共同意思主体説とは一線を画した。

教授は、「共同正犯の場合に単独正犯の場合と同様な——つまり個人責任の基礎となるような——正犯的特徴を要求することは無理であって、むしろ率直に甲乙二人の行なった犯罪というものの実在を認め、その実現に対して甲乙がそれぞれ責任を負うと考えるほかはない。」¹³⁾と論じたうえ、「共同正犯は共犯であるから、その責任の基礎に単独犯と同様な正犯的特徴を要求する必要はない。したがって、各共同者の行為が個別的に観察した場合に実行行為の一部にあたるかどうか、つまり構成要件に該当するかどうかは本質的でない。問題となるのは、二人以上の共同作業が犯罪の実行である場合に、その各人につき犯罪実現に対する、単独正犯者または直接実行者と法的に同視すべき寄与が考えられるかどうかである。いいかえれば、その二人以上がともに手を下して構成要件の全要素を実現したのと同視すべき共同関係がそこに存在するかどうかである。そのような評価が加えられる場合、その各人の寄与こそが共同正犯の責任の基礎にはかならない。」¹⁴⁾と主張した。

西原教授は、共謀共同正犯は是認しながらも、旧来の共同意思主体説には依拠せず、他方、個人責任の原則で説明できないものとして、「一部行為の全部責任の法理」によるべきものとしたのである。¹⁵⁾

共同意思主体説の検討

こうした共同意思主体説に対しては、長い年月にわたって根強い批判がある。ここでは、主なものを取り上げ、若干の検討を加えることにする。

まず、瀧川幸辰博士は、「共謀共同正犯は他人の実行を利用・支配することを共同者各自の意思に求めるようである。各共同者はいずれも目的効果を付与するように、刑法においても犯罪の目的を意欲したところに、刑罰という法的効果を結びつけようと解するようである。しかしこれは間違いである。民法は行為者の意欲に着眼して法的効果を付与する。民法は適法効果を目的とする。公序良俗に反しない限り行為者相互の自治を認めて法上の効果を付与してよいからである。民法の組合を構成する各人が相互に代理し、または、相互に委任関係があると見ることは許される。これに反して刑法は違法効果を意欲すること自体に法上の効果(刑事責任)を認めるのではない。刑事責任は違法効果を意欲して行為に出るという義務違反に対する法上の非難である。義務違反を相互に代理し委任することは許されない。刑事責任はどこまでも一身に専属する¹⁶⁾と批判した。

木村亀二博士も、「共同意思主体説が広義の共犯に共通した性質として個々の個人と異なる超個人的な共同意思主体の存在を認めるのは共犯を以て群集現象と解することを根拠とするというのであるが、そこには、まず社会学的には、群集と組織的団体の区別が明確に区別せられていないという疑問がないではない。また、そのような理論は刑法的には今日の刑法の理念たる個人責任の原則に反するという疑問があるといわねばならない。のみならず、そのような共同意思主体説によると、狭義の共犯たる教唆犯・幫助犯にあっても、被教唆者、被幫助者たる正犯者と教唆者・幫助者間にも、これらの個々の個人的主体のほかに超個人的な共同意思主体を認めることになるが、これもまた、実態に即しない理論である。というのは、教唆者・幫助者と被教唆者・被幫助者たる正犯との間には、共犯従属性説の見地にあつては相互に従属・非従属すなわち独立の関係があるとせられ、独立性の見地にあつては相互に独立の関係があるとせられるにとどまり、相互に共同の関係は全然なく、したがって、相互の間に共同意思主体を認める余地もまた全然ないと言わねばならないからである。その意味において、共同意思主体説をもって広義の共犯の全体に関する

る共通の性質を表示する理論としての価値については疑問があり、妥当とはいいがたい。しかし、ただ共同正犯については、それが二人以上共同して犯罪を実行することを意味するから、共同意思主体を認めることは論理的に不可能であるとはいえないが、そのような超個人的な共同意思主体を認めなければならない必然性はどこにもなく、それを認めることは、かえって、今日克服せられた古い団体責任の原則に還ることであって、刑法の理念たる個人責任の原則に反するといわねばならないだろう。」と批判した。¹⁷⁾

団藤重光博士は、「仮に共同意思主体というものを認めることができるとしても、これを犯罪の主体とするのは団体責任を認めるもので、近代刑法の個人責任の理念に反する。各人について考えるかぎり、実行させることは実行することではない。謀議に留まるものは、本来、教唆犯または幫助犯に過ぎないと解すべきである。」と批判した。¹⁸⁾

村井敏邦教授も、「共同意思主体説は、犯罪を個人犯罪の延長上で捉まえるのではなく、『あくまでも一体化されたものの犯行と解すべきものであって、これをバラバラに引き離して検討することはまさしく共犯現象の実体を見損なうものといわなければならない』とする。このように、共犯を一種の共同体の犯行としてとらえ、責任も共同体における責任を追及するという。しかし、共同正犯は、団体の責任を問題にするものではなく、あくまでも二人以上で共同して犯罪を実行した者それぞれの個人責任を問うものである。もちろん、二人以上の者が共同して実行を行なうのであるから、相互に他の共同正犯者の実行行為を自己の実行行為を補完するものとして予定するという関係は認められ、その限りにおいて、他の者の実行行為の結果に対しても責任を負うが、これは、『実行行為の主体について超個人的な存在を認め、結局その超個人的なもの行なった実行行為の全部につき、その分担者にそれぞれ責任を負担させている』というようなことではない。純粹な単独犯でも、実行行為者はある程度被害者の行為やその場の状況を自己の行為の補完物として利用して、実行行為を完成させる。∴やはり、共同意思主体という団体の責任を問題にする

共同意思主体説は、この点で、刑法の共同正犯の性格認識に根本的な誤りを犯しているといわざるをえない。」¹⁹⁾と批判した。

この外にも数多くの批判²⁰⁾が存在するが、それらを要約すれば、主要な論点は、①共同意思主体説は団体責任の考え方に立つものであって、個人責任主義という近代刑法の根本原則に反する②共犯現象を共同現象として共同意思主体の活動と見ていながら、その責任のみを共同意思主体の構成員たる各個人に負わしめることは、責任の転嫁であるから刑法責任論上認めがたい、という概ね二点にまとめられると思われる。

しかし、①の共同意思主体説が、団体責任主義で近代刑法の根本原則である個人責任主義に反するという主張は、妥当だとは言いにくい。それは、団体責任といっても、いわゆる連座・縁座といった封建的な連帯責任とは異なり、「自己」の行為と関係のある」他人の犯罪について責任を負担させられるものである。現行法も、現に総則において教唆犯、従犯の可罰性につき他人である正犯者の実行行為を前提としており、各則においては内乱罪・騒乱罪の首謀者や謀議参与者の責任について団体責任の原理が是認されている。個人責任論に立脚する共同意思主体否認論も「一部行為の全部責任」の法理を認めているが、そこにはすでに団体責任の原理が忍び込んでいる²¹⁾。こうして、犯罪結果実現につき現実的且つ具体的な、いわば必然的関係ともいうべき強力な結合を以て実行担当者をコントロールする者に對して、正犯としての責任を問うのは、自らの行為の責任を問うにすぎないから、これを以て反近代的だとか、個人責任の原則に背いたとかという批判は、全く的を射ないものであるといえよう²²⁾。

他方、②の共犯現象を共同現象として共同意思主体の活動と見ていながら、責任は構成員たる各個人に負わしめることは、責任の転嫁であるという批判は、一応理由があると考えられる。これに對しても、犯罪の成立が全体的に考察されながら、責任が個別的に論ぜられるということは、共謀共同正犯に限った特殊現象ではないとの反論がなされ²³⁾

ているが、説得力が充分だとは言えない。刑法は自然人処罰を予定しているとか、共同意思主体が違法的一時的存在にすぎないとかも、責任転嫁の理由としてはさして意味がな²⁴かるう。

結局のところ、共同意思主体説が実行行為の主体と考える超個人的な存在である共同意思主体に基いて共犯現象をとらえること自体が、一種の比喩そのものであり妥当性を欠く²⁵わけで、このことこそが、共同意思主体説の最大の弱点ではないかと思われる。ただ、共同正犯における実行行為の主体を「甲乙二人」という超個人的なもの（共同意思主体）とし、その活動の成果たる実行行為を措定した上で、その実現に対する各人の寄与を責任の基礎としたその考え方が、犯罪共同説の必ずしも自覚し得なかった全体的考察方法を明らかにした点で、学説史的意義を有する²⁶と言えよう。

第二節 間接正犯類似説とその検討

間接正犯類似説

間接正犯類似説は藤木英雄博士により提唱されたと言われている。博士は、いわゆる練馬事件判決の評釈において、「本件の判例は、共謀共同正犯を肯定し、判例法の流れに沿ったものという意味ではとくに新しさがないようにも見えるが、共謀共同正犯の理論について、共同意思主体説とは別個に、いわば間接正犯類似の理論を用いてその正当性を根拠づけようとする志向がうかがわれ、その結果として、共謀者の正犯性の認定に相当程度の絞りをかける方向をとるものと思われる点において、とくに注目すべきものがあり、本判例を共謀共同正犯の判例の代表としてとりあげた趣旨も、この点に存するわけである。本判旨にも、もとより、『共同意思の下に一体となって…』とするあたり、共同意思主体説的観点に立脚するものと読み取れる部分がないではない。しかしながら、重要なのは、実行しない共謀者が何故に正犯としての責任を問われるかの説明として、『互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移す

ことを内容とする謀議』に参加した以上、『直接実行行為に關与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行なったという意味において』実行者と異なるところがないとしている点である。これは、他人の行為を手段として犯罪を行なう点を重視して、共同意思主体説をはなれ、個人責任の見地から共謀者の正犯性を根拠づけようという努力のあらわれとみるべきであり、単に情を打ち明けられ了承したとか、他人の犯罪遂行に単に加担するだけの意思をもって犯行の相談に加わっただけの者については、共同正犯性を否定する方向を示すものである²⁷⁾と論じた。

さらに、博士は、「共同正犯の正犯性については、各共同正犯者が各自正犯としての標識を具備することを要するものと解されている。正犯性の根拠として、自ら犯罪を実行した者が正犯であるということは、疑いない原理として承認されている。共同正犯もまた各自正犯である以上、各人が結局それぞれ犯罪を実行した者と認めえることが必要である。」²⁸⁾が、「自分の手による実行をもって正犯の唯一の標準とする考え方は絶対的な正しさを持たず、物理的な身体の動静ばかりでなく、その行動のもつ価値的な意味合いを重視して実質的に正犯性を画すべきである。」²⁹⁾と論じた上で、「ここから、共謀共同正犯における共謀者の責任を、その意思方向、実行担当者に対する関係から見て、自ら実行を分担する者ではないが、実行担当者の行為と併せて実質的に考察して、結局実行を共同にした者として正犯性を認める理論的方向がひらける。このことは、すでに若干の学者によって指摘されている。」³⁰⁾と主張した。また、「これまでの学説は、もちろん、間接正犯における利用行為と共同正犯における利用行為とを、法的性格においてまったく異なったものとしてきた」³¹⁾が、「全体的に見たときは、間接正犯における利用関係に対比すべき実体をそこに見出すことが可能である。」³²⁾と主張した。

そして、「元来、狭義の共同正犯、いわゆる実行共同正犯においても、自ら手を下さず、他の共同者の行為により実現された結果に対して責任を負うべき根拠は、他の共同者と協力して、相互に相補い、相利用して共同の目的完遂

に向かって努力するところに存する。ただ自らも実行しているためこれを正犯と認めることに格別の困難はない。共犯の一般の形式としては、他人を利用するというだけでは通常共犯にとどまるのであって、それだけで直ちに正犯を根拠づけるわけにはゆかない。しかしまた、われわれは、自らの手によって実行行為をしないで、他人を利用して犯罪を実現する者を、間接正犯として正犯性を認めることがある。むしろ他人の利用を実行行為の一つの方法としてとらえている。間接正犯という概念を用いるか否かは別として、自ら手を下した者と同じく正犯として罰せられることは、伝統的にはむしろ自明のこととされてきたのである。それは結局、被利用者の行動を、自己の規定した方向に向かって意のままに動かすこと、目的的行為論の論者によれば目的的行為支配をなすことにより根拠づけられるのである。共同正犯、ことに共謀者の利用行為が、間接正犯が単独正犯と認められるのと並行した趣旨で自ら手を下したものと価値的に同一に評価し得るというのであれば、そこに共謀者を、他人と合意の上共同して相互に利用しあって結果を実現したという意味で、共同の実行をした者と認めることが可能となるのである。」³³と論じた。

博士は、また、利用関係に対比すべき実体について、「ここであつたが問題としている合意とは、単なる犯罪遂行の下相談ではなく、参加者の間に、犯罪を遂行すべき、確定的な意思の合致が成立した場合である。実行担当者は、この合致した意思に基づいて、自己の意思で犯罪を遂行するものではあるが、その意思決定の内容は他の合意者との約束に基づいて形成されたもので、爾後の行動は合意により拘束され、実行担当者は、実行するかしないかを自分の自由意思であらためて決定することはできず、自己の一存で、実行の意思を放棄することは許されないのである。すなわち実行担当者はその意味で、他の共犯者の道具としての役割をはたすのである。かくしてかれは、一方においては、自由な意思に基づき合意に参画し且つそれを実行したという意味において自己の意思に基づいて事態を方向づけ、支配したという点で正犯性を認められるが、同時に、合意によりみずからの犯罪意思を確定させたが、他の合意者と

の關係で、もはや自己の独断ではその意思を翻しえないものとなるという意味で、他の共犯に拘束、支配されるのである。これをみずから実行を担当しない他の共犯者の側から見れば、合意の一員となることによって、実行行為担当者の将来の行動を方向づけ支配することを通じ、結局実行行為担当者を介して実行したものと認めえるものと言わねばならぬ。要するに共謀者の間に、犯罪遂行に関する合意が成立しているときは、換言すれば、共謀の内容を前述のように解する限り、共謀者の犯罪関与の形態は、教唆と異なり、その実体はむしろ間接正犯における利用行為と質的に同じであるということが肯定できるであろう³⁴⁾と論じた上で、「各人がそれぞれ意思を連絡の上、互いに他人を利用し補いあって共同の犯罪意思を実現しようとする場合には、自ら実行行為を分担しなかった者であっても、共同の意思を持った共同者の一員に加わることににより、仲間がいるという心強さ、あるいは団結による規律の影響力と、それぞれ集合の形態によって事情を異にするにせよ、実行担当者の、犯行を思い止まろうとする反対動機、規範的障害を抑圧し、実行担当者を共同意思の影響のもとに全員の手足として行動させた点で、自ら手を下すことがなくても実行担当者と共同して実行行為をしたものであるといえる。また、実行を担当する者も、背後に共同者がいるという意識によって、心理的に鼓舞され、到底単独では行なえないことでも容易に実行できる程度に、その意思の実現を容易にするような支援を受けているのである。かように、共謀者と実行担当者のあいだには、相互の利用、補充関係が認められる。したがって、共同者の行為を、全体として、犯罪を共同実行したものと認めることができる。二人以上の者が犯罪の共同遂行につき合意をし、そのうちある者が合意に基づいて実行した場合、実行に加わらなかった他のものも、かような意味で、共同実行者として共同正犯の責任を負うべきである。」³⁵⁾と主張した。

間接正犯類似説の検討

間接正犯類似説に対しては、主に次のような批判が向けられた。ここでは、それらの見解を見るとともに、若干の

検討を加えることにする。

まず、斎藤博士は、「共謀共同正犯を間接正犯類似の理論で説明しようとすることは、共犯を単独犯の理論で論じようとするものではあるまいか。刑法が単独犯のほかに、共犯を規定する所以のものは、共犯には単独犯の法理では説明しえないものがあるからではあるまいか。」と批判した。³⁶⁾

西原教授も、「たしかに共同正犯の場合、犯罪の実現について相互に他人の行為を利用するという実態は存在する。しかし、共犯従属説に立脚する以上、それは、間接正犯の場合と同様な程度の支配と考えることはできない。論者は、共同正犯の場合の中止の困難性という事実をもって、相互的な支配の強さを論証しようとするが、中止の困難な場合は教唆犯にも存するのであって、そのような場合を正犯とするならば、教唆犯・間接正犯・共同正犯の間を徹底的に再編成しなければならなくなる。しかも、共同正犯の場合に間接正犯の場合と同様な行為支配が認められれば、たしかに共同正犯の可罰性は個人責任の原理でもって説明し尽くされることになるが、その場合には共同正犯と直接単独正犯、間接正犯との法律上の差異も失われることとなる。一方、共同正犯におけるのと類似したものに過ぎないと解するのであれば、それは支持しうる。ただその場合には、そのような行為支配的な事実のみをもって、つまり個人責任の原理をもって共同正犯の正犯性を基礎付けたことにはならなくなる。その場合には、『甲乙二人』という共同意思主体を認め、現実に行なわれた実行行為をその活動と把握する方法として、間接正犯類似の行為支配を援用したにすぎないことになる。それならば、私もまた賛成しうるところである。」と批判した。³⁷⁾

福田平博士も、「共同正犯も正犯である以上、正犯性を持つことが必要である。ところで、正犯とは実行行為、すなわち構成要件実現の可能性を持った行態をなす者である。間接正犯が正犯であるとされるのは、その被利用者に対する誘致行為が構成要件実現の現実的可能性を持つ行態＝実行行為と認められるからである。しかしながら、共謀に

参加しただけで何等の行為に出なかった者は、共同意思による心理的拘束を実行行為をなした他の共謀者に及ぼした者であると言っても、構成要件の現実的可能性を持つ行態Ⅱ実行行為をなした者とは言えないから、この者の正犯性を肯定することはできないはずである。したがって、この者と実行行為をなした他の共謀者とは共同正犯であると解することはできないのではなからうか。³⁸⁾と批判した。

また、大塚仁博士も、間接正犯類似説について、「この説明には、十分な説得力がない。間接正犯に類似すると言っても、間接正犯における利用者と被利用者の関係と、共謀共同正犯における単なる共謀者と実行担当者との関係は、明らかに異なっている。前者は、被利用者の道具的身体活動に対する支配・被支配の関係を内容とするのに対して、後者は、元来、法的に平等な立場にある者同士の共謀関係を基礎とするものだからである。」³⁹⁾と批判したのである。

これらの間接正犯類似説に対する諸家の批判は、①故意ある道具を認め、道具となる実行行為者に存在する規範意識を克服して背後者に正犯性を認めた点、②間接正犯類似と称されるが、本来対等平等関係にあるべき共謀共同正犯に正犯と道具、つまり、支配と被支配の関係を認めた点に向けられているとまとめることができる。

おもうに、藤木博士により提唱された間接正犯類似説は、個人的共犯論の発想から共謀共同正犯を基礎付けようとした点に特徴がある。つまり、共謀共同正犯は、間接正犯類似の構造を持った犯罪態様であるから、これを共同正犯の範疇に含ませて、正犯として処罰しようとする理論構成である。

しかし、間接正犯というのは他人を道具として利用するもので、これによって犯罪が行なわれる以上、被利用者は道具と同視しうる存在、つまり、必ず責任能力がない者や情を知らない者でなければならない。しかるに、共謀共同正犯においての被支配者(被利用者)は、責任能力があるのみならず、情も知り、故意をもって犯罪にかかわるから、これをたして道具と呼びうるかが疑問である。⁴⁰⁾それゆえにこそ、提唱者の藤木博士が間接正犯的とか、間接正犯類

似とか呼称に迷わざるを得なかったであろうが、それにしても適切だとは言いがたい。もし、本当に共謀共同正犯が、間接正犯と質的に同じ実体を有するなら、それは間接正犯そのものであって、共謀共同正犯概念は無用となるし、まして、被利用者との間の共同正犯などは、論ずる余地がなくなるはずである⁴¹。

第三節 行為支配説とその検討

目的的行为支配説

平場安治博士の目的的行为支配説は、正犯というのは構成要件的行为に対する目的支配があれば十分で、必ずしも自己の手によって実行行為をなす必要がないという理論的前提に立って、共謀者が実行行為者に行為支配を及ぼすことも可能であるとして、共謀共同正犯を肯定したものである。

博士は、まず、そもそも共同正犯において、共犯者が他の共犯者の行為についてまでも責任を問われるのは、実行行為に対する共同正犯各自の共通包括的な行為支配があるからだとした上で、「元来正犯とは自己の手により実行行為をなす必要は必ずしもなく、構成要件的行为に対する目的支配があれば足りるわけであった。共同正犯においては自己の手による部分はもちろん、他の共同正犯者の手による部分についても包括的一体的に共同の目的支配が存するのであって、実行行為全体にわたって各自が正犯であるわけである。従って、自己の手による部分のみならず、実行行為の全体にわたって自己の行為としての責任を負うのは当然の結論であると言わなければならない⁴²。」と論じた。

そして、「共同実行とは構成要件の全部または一部をおのおの自己の手によって行なったという意味ではない。すでに述べたように構成要件的行为の全体に対する共同的支配があれば足りるのである。従って極限的には自分として何ら手を下さなくても、他人の行為を支配して自分の犯罪をとげる共同正犯がありうる⁴³。」と論じた上で、「おもう

に、実行行為を自然的、物理的に自己の手による実行だと解する自然主義的見解を排し、実行行為とは構成要件に該当する行為支配だと解するわれわれの立場からは、共謀共同正犯の範疇を一概に否定するのは正しくないと考えられる。ことに実行の一部を自ら行ないながらも実行の全部につき責任を負う共同正犯の規定の合理的基礎づけを追求して行くなれば、当然に共謀共同正犯の肯定に到達する。」⁴⁴⁾とし、「謀議者が単に謀議に参与したというだけではなく、直接実行者の意思に現実には作用し、それをして遂行せしめているならば共同正犯であるが、ただ単に直接実行者の犯意を誘起し、または犯意を強化したにとどまるならば教唆犯もしくは従犯にとどまるであろう」⁴⁵⁾と主張したのである。

目的的行为支配説は、目的的行为論の立場から、単なる共謀者でも実行担当者の行為を支配した場合には、共同正犯になりうるという前提で、実行行為概念の定立、把握にあたって定型的な構成要件それ自体から出発するのではなく、非定型的、つまり、実質的概念たる行為支配の有無をメルクマールとして、従来の考え方と差異を求めたのが特徴である。

目的的行为支配説の検討

目的的行为支配説に対する批判は、主に、①いかなる場合に行為支配があるとするのか、その判断基準が明確でない、②関与者の力関係が対等な場合には、謀議者や見張りの行為支配はどこまであるのかの判断が困難である、③行為支配の概念は多義的で、いわゆる開かれた概念ではないか、の三点に要約される。⁴⁶⁾

たとえば、大塚博士は、そもそも行為支配の観念ははなだ明確性を欠き、見方によっては教唆行為、幫助行為についても、教唆者、幫助者に行為支配があるといえなくもない、⁴⁷⁾と非難したうえで、行為支配とは、実は、間接正犯を正犯として説明する際にも用いられている観念であって、その曖昧さは、ひとまず措くとしても、他人を道具として利用する間接正犯者と、共謀共同正犯における単なる共謀者とが、はたしてまったくおなじ意味で行為支配をもち

うるかどうかは疑問である、と批判した。⁴⁸⁾

また、村井教授も、行為支配という概念それ自体が極めて多義的であって、行為支配を共謀共同正犯の根拠にする者の間にも、共通のものがなく、いずれにしても、行為支配という概念は伸縮自在であるところがいかにも便利なようであるが結局は内容がない、⁴⁹⁾と批判したのである。

ところで、目的的行为支配説の立場によれば、実行行為に関与しなくても、行為支配がある限り、正犯になりうるから、共謀共同正犯が刑法六〇条に抵触するとは言えないであろう。それは、実行行為概念を形式的に把握するのではなく、実質的に把握しようとするからである。そして、そもそも共同意思主体なる概念を用いていないから、団体責任とか、責任転嫁であるとかの問題も生ずることはないと思われる。また、狭義の共犯との区別も実行、行為支配の有無によって決められるから、少なくとも理論上は明快だと言えよう。⁵⁰⁾しかし、肝心の行為支配概念の多義性とともに、何を、どのように支配すれば正犯になるのかという点も明白でない。それに行為支配では、対等平等関係にある共謀共同正犯の説明ができないのもある。こうして、目的的行为支配説は、容易には支持し難いと言わざるを得ない。

優越的行為支配説

大塚博士は、「共謀」という概念をどう限定しても、「共同正犯」は成立しえないものと解し、優越支配共同正犯という行為支配の理論構成で、共謀共同正犯を説明しようとした。

博士は、共謀共同正犯の観念は、刑法六〇条の厳格な解釈に適合しえないものと考えている。その場合には、二人以上の行為者間に共同実行の意思はあるが、共同実行の事実があることについては、判例及び学説の説明を聞いても、到底、納得しえないとするのである。刑法六〇条の規定を、二人以上の者の「共同」があり、かつ、「実行」がなさ

れば共同正犯は成立しうるとしたものと見ることによって共謀共同正犯も共同正犯だとする見解も、同条の趣旨を正しくとらえているとはいえないとする。同条の主眼とするところは、「共同シテ実行シタル」という点にあると解するのである。そして、「共謀」の観念を練馬事件判決の示しているように、制限したからといって、共謀だけで実行行為があると言えないことは当然であるとして、結局、共謀共同正犯の観念は、認められるべきでないと断ずるのである。ただ、判例が共謀共同正犯として取り扱ってきたものの中には、直接の実行を担当しない共謀者にも実行行為があると見られ、共同正犯と解するのが適当な場合も含まれているとする。博士によれば、実行行為とは、犯罪実現の現実的危険性を含む行為であるが、たとえば、間接正犯の場合に、利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為が実行行為と解されるように、ある程度の規範的理解が可能であり、また、必要でもあるという。そして、その見地からすると、単なる共謀者の中にも、直接の実行担当者と同様に、実行者と評価されるべき者が見られるというのである。⁵¹⁾

博士によれば、例えば、暴力団の親分が、子分に向かってある犯罪を行なうことを命じた場合、子分は、親分の命令に心理的には強く拘束されるが、当然に身体的な自由を失うまでに至っている訳ではなく、命令に従うのが嫌ならば、逃亡するとか、警察に保護を求めるなどの自由も残されていることが多いという。その限りにおいて、子分は間接正犯の道具に当たるものではないことになる。しかし、子分が暴力団員としてとどまろうとする限りは、親分の命令に反する行動を取ることは極めて困難であるとされる。そして、命令にしたがってその犯罪を実行すれば、子分自身に、実行行為が認められ、その犯罪が成立することは当然であるが、一方の親分の行為についても、子分に命令して、右のような拘束を与えることは、単なる教唆犯以上のことをやっているのであり、間接正犯者の誘致行為に準じる強制的性質の行為として、法律上、実行行為にあたるものと評価してよいのではないかと論ずるのである。そして、

さらに、子分の実行行為とあいまって当該犯罪を実現したものとして、そこに共同正犯を認めることもできるとするのである。博士は、これを、まさに間接正犯に準じる場合であり、準間接正犯と言ってもよいとする。そして、博士によれば、このような事態の特徴は、命令を下す者が、命令を受ける者に対して、一定の社会的関係において圧倒的な優越的地位に立っていることによって、受命者の自由を奪って道具とする程度には至らないが、それに準じる心理的拘束を与えうる状況にあることである。こうして、博士は、このような形態での共同正犯を優越支配共同正犯と称した⁽⁵²⁾のである。

優越的行為支配説の検討

大塚博士の優越的行為支配説に対する問題点の指摘は、①結局、間接正犯類似説とあまり変わりが無い、②自説が自己矛盾する、③主観的正犯論に過ぎない、④共謀行為をも必要としないから、歯止めの基準が不明である、の四点にまとめられる。

村井教授は、「優越支配共同正犯が共謀共同正犯ではないとする論理は分からない。結局は、刑法六〇条を適用するのであるから、共謀共同正犯をその文理に反するとした、同じ批判が自らにも返ってくることになる。よほど例外的な場合にだけ、実行によらない共同正犯の成立を限定しようとする意図はわからないが、明文の規定のない限り、その意図の実現できる保障はない。しかも、優越支配共同正犯は、共謀行為をも必要としないものようであるから、歯止めの基準はますます不明確である。」⁽⁵³⁾と批判した。

松村格教授も、「大塚は、一定の社会的関係において圧倒的な優越的地位に立つ背後者が、受命者に心理的拘束を与えうる状況（優越支配）を正犯性の指標にするが、それはもはや典型的な間接正犯であって、受命者をも含む共同正犯の問題ではないし、かりに『それに準じる心理的拘束を与えうる状況』に緩和してみても、背後者は教唆者にす

ぎない。」⁽⁵⁴⁾と批判した。

また、臼木豊助教授も、「大塚教授は、心理的拘束が優越的地位により生じたことを正犯性の要件とされたが、それでは結局、行為者の地位により罪責の軽重が決定される身分刑法か、あるいは、行為者の主観を大幅に考慮する心情刑法・主観的正犯論に他ならないことになる。」⁽⁵⁵⁾と疑問を提起している。

おもうに、大塚博士の優越的行為支配説は、直接実行を担当しない共犯者が、実行担当者に対して圧倒的に優越した地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行に至らせた場合に、共謀共同正犯は認められるとした点⁽⁵⁶⁾に特徴があると言える。しかし、刑法的視点からは、たとえば優越的地位にあったとしても、身分犯でない限り、そのことは、犯罪の成立につき、何ら意味を持たないのではないかと思われる。⁽⁵⁷⁾そして、一方で、実行行為を形式的意味に理解し、他方で、共謀共同正犯を否定しながら、共謀共同正犯の社会的な実態や、その処罰の必要性をもって、実行行為性を肯定しようとするのも、その間に矛盾があり、⁽⁵⁸⁾自己矛盾に陥っていると言わざるを得ないように思われる。

団藤博士の新しい見解

最も強固な共謀共同正犯の否定論者の一人であった団藤博士⁽⁵⁹⁾も、最高裁判所の判事として関与した麻薬密輸入事件を契機として、共謀共同正犯肯定論に改説したのは衆知のことである。

博士は、「社会事象の実態に即して見るときは、実務が共謀共同正犯の考え方に固執していることにも、一定の限度において、それなりの理由がある。共同正犯についての刑法六〇条は、改めて考えてみると、一定の限度において共謀共同正犯を認める解釈上の余地が十分あるように思われる。そうだとすれば、むしろ、共謀共同正犯を正当な限度においては是認するとともに、その適用が行き過ぎにならないように引き締めて行くことこそが、われわれの取るべき途ではないかと考える。思うに、正犯とは、基本的構成要件該当事実を実現した者である。これは、単独正犯にも

共同正犯にも同じように妥当する。ただ、単独犯の場合には、自ら実行行為そのものを行なったものでなければ、この要件を満たすことはありえないが、共同正犯の場合には、そうではなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえる場合がある。すなわち、本人が共同者に実行行為をさせるについても自分の思うように行動させ本人自身がその犯罪実現の主体となったものといえるような場合には、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものといふべきである。⁶⁰」と主張したのである。

団藤博士の新しい見解の検討

団藤博士は、実務の要請にに応じて、ややもすれば広がりがちな実務の運用に対して、共謀共同正犯の成立範囲を限定しようとしたのであるが、次のような問題点を抱えている。

まず、博士が、実行行為につき、基本的構成要件についての構成要件の故意があり、基本的構成要件に該当する行為のすくなくとも一部が行なわれたことを必要としたのは、⁶¹少なくとも実行行為について、形式説を維持することになるが、それでは、形式説を維持しては不都合な理由が必要という批判を免れないと思われる。

次に、共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させることとは、どんなことが明らかでなく、また、博士の見解によれば、この部分が、すべての共謀共同正犯にとって、どうしても必要な、その成立範囲を限定する歯止めの基準として示されているが、それが何ゆえに必要な条件になるのかということについても明らかになっていない、という疑問もある。⁶²

そして、さらに、博士が、そうした視点から共謀共同正犯を限定的に考えているとしたら、いわゆる支配型の共謀共同正犯は説明することができても、分担型の共謀共同正犯は説明できないのではないかという疑問もある。⁶³確かに、

共謀共同正犯論において支配型が一つの典型ではあるが、分担型の共謀共同正犯も完全には否定できないのではないかとと思われるのである。

第四節 価値・規範的行為説とその検討

価値・規範的行為説

価値・規範的行為説とは、実行行為を価値的、規範的に把握することにより、共謀共同正犯を肯定しようとする説である。ここでは、こうした立場に立つ主な見解を見るとともに、これに対して若干の検討を加えることにする。

まず、莊子邦雄博士は、「共同正犯者のそれぞれは、必ず現場にいて実際の行動を行なわなければならないという根拠はない。現場で実行行為の一部を分担している場合であっても、現場で実行行為の一部を分担したという客観的要件だけで共同実行という評価を下しているわけではない。実行行為の一部分担は、犯罪を実現しようとする共同の意思の化体したものである。一部分担という客観的な要件と共同の意思の支配という主観的な要件との双方を総合して、共同の実行という評価判断を加えたものである。犯罪の実現に対して、共同の実行と言えに足りるだけの強さと力を備えているときにはたとえ現場にいたくとも、現場で実行行為の一部を分担したものと同一程度の力を犯罪実現に対して有していたと考えて、共同実行者として扱うことは不当ではない。」⁶⁴⁾と論じた。

博士は、共謀に加わり、直接的な実行行為に出なくても、実行に対して、指導的または積極的役割を果たし、これが価値・規範的に実行行為に匹敵する場合は、共同実行に当たると評価すべきだと主張したのである。

次に、中野次雄博士の見解は、判例を最も明快かつ論理的に表現していると言われる。⁶⁵⁾博士は、「各人が実行行為をしていれば、正犯意思のあることが通常明白であるから、共同正犯を認めることは一般に容易である。しかし、それも、正犯意思認定の一つの判断資料なのであって、共同実行そのものが決定的な意味を持つわけではない。従って、

正犯意思をもって合意に加わったことが他の何らかの資料によって明らかに認められれば、その者が自ら実行をしなくても、共同正犯だと言ってよい。…理論的には、実行共同正犯の場合でも共同者の行為について刑事責任を負うのであり、それは自ら実行行為をしたことの効果でなく合意の効果だと言わざるを得ない。そうだとすれば、自ら実行行為をするかどうかは、共同正犯にとって本質的なものではないから、共謀共同正犯を否定する理由はないと思われる。⁶⁶」と論じている。

博士によれば、AとBが強盗を共謀し、Bが実行行為を行なった場合、「そこには、実行行為をすることについてA・Bの合意が存し、Bはその合意を実現するために行為するのであって、自己の単独の意思だけに基づいて行為するのではない。そして、その合意はAの実行行為をする意思（正犯意思）とBの実行行為をする意思（正犯意思）とから成り立っているから、この合意の実現としてBの行為は、言い換えればA・Bそれぞれの正犯意思を併せて実現するものにほかならず、B自身の実行行為であると同時にAの実行行為たる性質をも持つことになる。⁶⁷」のであり、それゆえ、A、Bともに、共同正犯として、それぞれ全部の強盗行為についての刑事責任を負わなければならないのである。こうして、単独正犯（間接正犯も変わらない）においては、基本的構成要件の予定している実行行為を、自らが主体となって全部実現することが必要であるのに対して、共同正犯（共謀共同正犯を含む）においては、必ずしも自らが実行行為の全部を実現しなくとも、全部の責任を負わされることになるが、その間のギャップを埋めるために、刑法六〇条の規定があると博士は論じたのである。⁶⁸

博士は、如何に徹底した客観主義刑法論者であっても主観的要件や価値的要件を無視して考えることはできないのであって、正犯と共犯との区別はある程度正犯者意思の有無によるべく、また実行行為概念の把握は自然主義的把握を離れて価値・規範的に把握するよう努めるべきだと主張したのである。⁶⁹

これに対して、森下忠教授は、平場、莊子両博士等の共謀共同正犯肯定論を積極的に評価しながら、「自ら実行するとは、必ずしも自己の身体的挙動を指すのではなく、法的には一定の所為がその者のしわざと評価されることである。それゆえ、いわゆる間接正犯は、他人の挙動を自己の行為の一部として利用支配するものとして、正犯と解される。同様に、刑法六〇条についても、規範的に見て『共同シテ犯罪ヲ実行シタ』と評価されるならば、共同正犯の成立は肯定されるわけである。共謀者の利用行為が直接の実行者を支配したものととして、価値的に実行者と同一に評価されうるとき、共謀共同正犯も実行の着手という実体的構造をもつ以上、それは共同『正犯』であって共犯ではない。」と論じた。教授の主張は、典型的な価値的行為説だと言えよう。⁷¹⁾

また、萩原玉味教授も、『共同の実行』は固定観念ではなく動きのある概念のひとつであり、これを価値的にとらえることができるものと考ええる。そして、共謀共同正犯を歴史的に考察した場合に、初め知能犯に限って認められていたということをここに想い起こすべきである。知能犯においては、共同謀議行為そのものが、実行行為の一部と看做すことができる程その犯罪において重要性を有するものだったからである。漫然単に通謀とか謀議とかいっただけでは、実行的意義は認められないが、共謀の結果、その計画実現の方法として共謀者のある者に実行を担当せしめる行為がそれ自身構成要件的行為と等価値のものといえる場合があるのではなからうか。もちろん謀議に参与した場合でも、単に相談相手になったというような場合は従犯にすぎないし、実行者の犯意を誘起したにすぎない場合は、教唆犯にとどまる。⁷²⁾と論じて、価値的行為説に立つことを明らかにしている。

価値・規範的行為説の検討

価値・規範的行為説は、実行行為の概念を価値的、規範的に把握し、自然的、物理的な実行行為だけではなく、共謀共同正犯のような行為も、これを価値・規範的にとらえると実行行為にあたるとするものである。この見解は、行

為支配とか間接正犯類似というような特別の理論構成を用いることなく、実行行為を端的に価値・規範的に評価しようとする点が特徴である。⁷³

価値・規範的行為説に対しては、本来定型の枠外にある行為を価値・規範的把握によって実行行為と見なすのは、客観主義刑法理論の自壊⁷⁴ではないか、という批判が考えられる。しかし、刑法典の何処にも「実行」を、物理的、自然的にしか把握してはいけないとは書かれていない。定型——それに連なる罪刑法定主義、ひいては保障機能だけが、刑法の眼目だとは言えない⁷⁵であろう。確かに、保障機能が重要であることは否定できない。しかし、法益保護の機能も見落としてはならない重要性がある。一方だけを偏重すべき関係ではない⁷⁶であろう。保障機能の完璧のために、法益保護機能を大幅に後退させることは許されることではない。定型性が多少弛緩せざるを得ないとしても、それは他にも例がないことではない。その典型が間接正犯である。間接正犯は、もし嚴格に定型的な把握を強調し、物理的、自然的実行を要求するなら、正犯、つまり、実行犯だとは言えないであろう。それにもかかわらず、社会的要請に応えて、処罰の必要性から、間接正犯の概念は刑法に完全に定着した。また、「二部行為の全部責任」の法理も同様である。これらは、いずれも、客観主義、定型理論に譲歩を強いるものだと言わなければならない⁷⁷であろう。

このように、刑法学において嚴格な客観説をどこまでも貫こうとするのが無理なのは、明らかである。学派の対立の止揚⁷⁸とか、客観主義刑法理論の破綻とかいわれるのも、まさにこのようなことを指す。価値・規範的行為説は、このような傾向、潮流に沿うものであり、保障機能がある程度後退するかも知れないという危惧感から、これを否定するなら、それは時代後れとしか言えないだろう。

第五節 小括

以上の考察から見られるように、日本の学説では、共謀共同正犯を認めるべきかどうかについて、戦前から激しい

論争があり、今は肯定説が主流になってはいるが、その理由づけは必ずしも充分だとは言えない。しかし、理由づけの不充分さを理由に、共謀共同正犯を完全に否定することもできないであろう。それは、共同犯罪の実施過程において、実行者以外にも、背後の者がいて、その者が実行者を操り、実行者以上の重要な役割を果たしている事例が存在するからである。

数人が犯罪を共謀し、直接の実行行為を分担しない共謀者が、自己犯罪の実現のために、実行に指導的、積極的かつ重要な役割を果たし、この役割が実行行為に匹敵すると価値・規範的に評価できる場合、その共謀者の行為も共同正犯と認定すべきだと思われる。重要な役割とは、犯罪実行への関与程度のことである。その認定は、直接的な実行行為の有無という形式的要素ではなく、価値・規範的に把握すべきである。そこで、次章では、判例の検討を通じて、なにゆえ判例が終始一貫して共謀共同正犯を認めてきたかを考察するとともに、重要な役割とは何か、実行行為を価値・規範的に把握することの実際について示唆を得ることにする。

注

- (1) 草野豹一郎『刑法総則講義第一分冊』(昭和一〇年)一九三頁。
- (2) 草野・前掲注(1)一九三頁以下、同『刑法要論』(昭和三一年)一二七頁以下。
- (3) 草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』(昭和二五年)三一五頁。
- (4) 斎藤金作『共犯理論の研究』(昭和二九年)一九一頁以下。
- (5) 斎藤・前掲注(4)二〇二頁以下。
- (6) 岡野光雄「共同意思主体説と共謀共同正犯論」特集『共謀共同正犯理論の総合的研究』刑法雑誌三一巻三号二九四頁。
- (7) 植松正「共謀共同正犯」『刑法講座第四卷』(昭和三八年)一二〇頁以下。
- (8) 石田清史「共謀共同正犯の研究(1)」駒沢大学大学院公法学研究一〇号四四頁。

- (9) 植松・前掲注(7)一一二頁以下。
- (10) 植松・前掲注(7)一一六頁。
- (11) 下村康正『犯罪論の基本的思想』（昭和三五年）一九八頁以下。
- (12) 下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』（増補版・昭和五八年）四七頁。
- (13) 西原春夫『刑法総論』（昭和五二年）三四三頁以下。
- (14) 西原春夫「共謀共同正犯」中義勝編『論争刑法』（昭和五二年）二三〇頁以下。
- (15) 岡野・前掲注(6)二九七頁以下。
- (16) 瀧川幸辰「共謀共同正犯」法曹時報一卷一〇号七頁以下。なお、博士は草野博士の理論を昭和二六年の『刑法の諸問題』において、次のように批判した。「①草野氏によると、実行担当者は共同意思主体の意思を代表して実現する者である。代表者の実行は共同意思主体の実行と見なされるから、犯罪は共同意思主体の犯罪であって、共同意思主体を構成する各個人の犯罪ではない。刑法の責任論に従えば、犯罪によって責任を負う者は犯罪を実行した者である。共同意思主体の犯罪については、共同意思主体が責任を負うべきである。ところが草野氏によると、責任を負う者は共同意思主体ではなく、共同意思主体を構成する各個人である。これは自分の犯罪の責任を他人に転嫁することであって、刑法の責任論に反する。②共同意思主体は犯罪の実行という限定せられた目的をもつ一時的、違法的団体であるので責任を認めるわけにはゆかない、というのは理由にならない。犯罪を実行する違法的団体であれば、それだけに、一層責任を負うのが当然である。一時的の存在であるということは責任を免れる理由にはならない。犯罪を実行するという、その目的を達成した瞬間に団体がなくなるのと、組合が目的たる事業の成功によって解散するのと同様に考えたのかも知れないが、組合の解散は将来に向かってのみ効力があるのに過ぎない。解散によって過去の義務を免れるものではない。私法理論によってこの問題を解決することは適切ではないが、仮に私法理論に準拠するとしても、犯罪の実行という目的を達したと同時に、犯罪の責任までなくなるというのは、理由のない説明である。③民法の組合では、各組合員が組合の義務を負担するが、それは全員として義務を負えばよいので、組合員の各自が重複して全部の義務を負うことはない。共同正犯として各自に独立の刑事責任があるということと、組合の全員が全員として民事上の義務を負うということとは反対の現象である。共同正犯の刑事責任を説明するために組合の民事上の義務の理論を援用することは、理論の混淆である。④現在の刑罰組織は自由刑中心であって、自然人を

目標にしている。しかしこれから推論して、共同意思主体に責任がないということは本末転倒である。共同意思主体を構成するものに対し、いかに刑事責任をとらすべきか、ということは別個の問題である。共同意思主体は団体である。刑事責任は自然人に対して認められるのが原則である。ゆえに団体である共同意思主体は刑事責任を負わない、という理論は単なる形式理論に過ぎない」と。

(17) 木村亀二『犯罪論の新構造(下)』(昭和四三年)二五八頁以下。

(18) 団藤重光『刑法綱要総論』(昭和四〇年)三〇一頁以下。

(19) 村井敏邦「共謀共同正犯——否定説の立場から」刑法雑誌三一巻三三三頁以下。

(20) 例えば、小暮得雄教授は、共犯関係が、集団現象の一種として純然たる個人現象と異なる側面を持つことは否定できないが、その集団性は、一部の者の実行を共謀者全体の実行に統括し、個々人をして集団に埋没させる類のものではないとして、共謀による共同の関係は、集団心理の影響を蒙りながらも、なお依然として独立な個性の集合であり、個人責任の原理の妥当する場にふさわしいのであるから、集合を支える個人的契機を不当に閑却し、共同意思主体の名において、一網打尽的な処罰の可能性を担保することは、刑事司法の運用上決して好ましい方向とはいえないと述べている。(小暮得雄「共謀共同正犯」ジュリスト五〇〇号四〇九頁参照。)そして、吉川経夫教授も、実行行為を分担しなかった共謀者に共同正犯の罪責を認めることは、共同正犯の成立に共同の実行を要求している刑法六〇条の明文を無視して共同正犯という概念を不当に拡大するものであり、共同正犯と教唆犯・従犯の概念的区別を失わせるとの謗りを免れないもので、わが国の通説が今日もなお共謀共同正犯の理論に反対していることは、正当であると論じた(吉川経夫『改訂刑法総論』・昭和四二年・二五三頁参照)。

(21) 西原・前掲注(14)二二五頁以下参照。

(22) 石田清史「共謀共同正犯の研究(2)」駒沢大学大学院公法学研究一一号九六頁。

(23) 植松・前掲注(7)一一七頁。

(24) 石田・前掲注(22)九七頁。

(25) 三枝有「共同正犯論における共謀共同正犯(1)」中京大学大学院生法学研究論集六号八一頁。

(26) 西原・前掲注(14)二三〇頁以下。

- (27) 藤木英雄「共謀共同正犯」『刑法判例百選Ⅰ総論』（昭和五三年）一七三頁。
- (28) 藤木英雄「共謀共同正犯」『可罰的違法性の理論』（昭和五一年）三二四頁以下。
- (29) 藤木・前掲注(28)三三三頁。
- (30) 藤木・前掲注(28)三三三頁。
- (31) 藤木・前掲注(28)三三五頁。
- (32) 藤木・前掲注(28)三三六頁。
- (33) 藤木・前掲注(28)三三四頁。
- (34) 藤木・前掲注(28)三三七頁。
- (35) 藤木英雄『刑法講義総論』（昭和五〇年）二八四頁。
- (36) 斎藤金作「共謀共同正犯と間接正犯類似の理論」『研修』二五四号一一頁。
- (37) 西原・前掲注(13)三一頁以下参照。
- (38) 福田平『刑法総論』（昭和五二年）二〇五頁。
- (39) 大塚仁『犯罪論の基本問題』（昭和五七年）三三八頁以下参照。なお、この外にも小暮得雄教授及び中義勝教授の批判が挙げられる。小暮教授は、間接正犯ないしこれに類する構成を用いて、共謀者の正犯性を論証しようとする学説は、実行の概念を規範的にとらえることによって正犯標識を維持しつつ、共謀共同正犯の成立に絞りをかける一方、現行法を貫く個人の責任の原理との調和をはかろうとするもので、まことに傾聴に値するが、他面では実行概念の規範的拡張にともなう定型性の弛緩、未遂罪の成立範囲をめぐる疑問などの難点も免れず、なお十分に熟した議論とはいえないと論じた（小暮得雄「共謀共同正犯」ジュリスト五〇〇号四〇九頁以下参照）。中教授も、他の共同正犯者を道具として支配・拘束するということとは不可能であり、道具はもはや共同正犯者でありえないことになって、その理論のゆきつくところは共同正犯を否定することによって共同正犯であることを論証しようということであると論じた（中義勝『刑法総論』・昭和四六年・二五四頁以下）。
- (40) 石田・前掲注(22)一〇〇頁。
- (41) 中義勝「共謀共同正犯」法律時報三七卷一号一五頁。
- (42) 平場安治『刑法総論講義』（昭和二七年）一五五頁。

- (43) 平場・前掲注(42)一五五頁。
- (44) 平場・前掲注(42)一五五頁。
- (45) 平場・前掲注(42)一五七頁。
- (46) 畢英達「共謀共同正犯に関する試論(1)」北法四六号六〇二頁。
- (47) 大塚仁『刑法概説総論』(改訂版・昭和六一年)二四二頁以下参照。
- (48) 大塚・前掲注(39)三三九頁。
- (49) 村井・前掲注(19)三四三頁以下参照。
- (50) 石田・前掲注(22)九九頁。
- (51) 大塚・前掲注(39)三三九頁以下。
- (52) 大塚・前掲注(39)三三九頁以下。
- (53) 村井・前掲注(19)三四七頁。
- (54) 松村格「共謀共同正犯」内田文昭・阿部純二・板倉宏等編『刑法基本講座第四卷』二〇〇頁。
- (55) 臼木豊「正犯概念と共謀共同正犯」上智法学三三卷一号一三四頁以下。
- (56) 大塚仁「莊子教授の共謀共同正犯論」『刑事法の思想と理論』莊子邦雄先生古稀祝賀論集(平成三年)一七三頁。
- (57) 畢・前掲注(46)六〇九頁。
- (58) 平良木登規男「共謀共同正犯について」『刑事法学の総合的検討(下)』(一九九三年)福田平・大塚仁先生古稀祝賀論集四六六頁。
- (59) 平良木・前掲注(58)四六六頁。なお、団藤博士の改説により、学界では共謀共同正犯肯定論が主流に変わったと言われている。
- (60) 刑集三六卷六号六九五頁参照。
- (61) 団藤・前掲注(18)三五四頁以下。
- (62) 中野次雄「共謀共同正犯にあたる」とされた事例(特に団藤裁判官の意見)『警察研究五六卷一号七六頁。
- (63) 中野・前掲注(62)八一頁。なお、同じ趣旨としての批判は、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)四〇五頁、木谷明

「大麻密輸入の謀議を遂げたとされた事例」法曹時報三五卷五号一一〇六頁、中山研一「共謀共同正犯の帰趨——団藤博士の見解の検討」『研修』四四〇号一三頁。

(64) 莊子邦雄『刑法総論』（昭和四四年）七〇二頁。

(65) 平良木・前掲注(58)四六八頁。

(66) 中野次雄『刑法総論概要』（昭和五四年）一三〇頁以下参照。

(67) 中野・前掲注(66)一三九頁。

(68) 中野・前掲注(66)一三九頁以下。

(69) 石田・前掲注(8)五四頁。

(70) 森下忠「共謀共同正犯」ジュリスト三〇〇号（学説展望所収）三〇七頁。なお、同じ趣旨の見解として、前田雅英教授、

西田典之教授、松本時夫判事の見解が挙げられる。前田教授は、「共謀共同正犯の場合には、共謀者の内の誰かの客観的な実行行為が存在する。その客観的事情を帰責させるだけの要件として、正犯者としての意思と犯罪計画に関する共謀があれば足りるか否かの問題なのである。そして、共同正犯が関与者相互の心理的な影響を重視して、自らの惹起しない結果をも帰責させるものである以上、強い心理的因果性を根拠に、実行行為の一部をも行なわなかった者に客観的事象を帰責することは十分可能なはずである。」とした上で、具体的には、①共謀に参加した者の誰かが実行に着手すること、②共同正犯である以上、関与者が明確な正犯意思を持ち、共同して犯罪を行なう意思を形成するだけの共謀が必要で、単なる意思の連絡又は共同犯行の認識の存在だけでは足りず、実行行為が「共同のもの」といえる場合でなければならない、と論じた（前田雅英『刑法総論講義』・平成六年・四一八頁以下）。西田教授は、共同正犯を単独犯と同じ意味で正犯としつつ、同時に「一部行為の全部責任」の法理を正当化することはできないのであって、共同正犯は、明らかに単独正犯とは異なる「共犯」の一形式であるとして、その処罰根拠を犯罪結果との物理的、心理的因果性に求めることを提唱した。そして、共犯処罰の具体的妥当性という見地から、共謀者（非実行者）と実行分担者の間の支配関係、役割分担関係から判断し、犯罪実現に対する事実的寄与において実行に準ずる重要な役割を果たした共謀者にまで共同正犯の範囲を拡張することを主張し、この見解を「準実行共同正犯論」と論じた（西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集』上巻・平成三年・三六六頁以下）。松本判事は、共謀共同正犯につき、「共謀共同正犯が正犯たりうるのは、『共謀』を通じて、相互の利用関

係と依存関係を設定することにより、他人の行為を自己の手段すなわち実行行為と化することにある。」と論じた(松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法三一巻三号三一五頁以下)。

(71) 石田・前掲注(8)五五頁。

(72) 萩原玉味「共謀共同正犯」ジュリスト増刊『刑法の争点』一一八頁。なお、龍岡資久氏も「凡そ、多衆が共に考え、共に感じ、共に行動するときは、その集団の各員の精神作用と行動とは、各員が孤立した一個人としてその境遇に直面した場合に成し遂げたであろうと想像されるところとは、著しく、異なりがちである。そして、それが犯罪である場合には、その危険性と重大性とは一にかかってここにある。これが、共犯理論の底に流れる思想である。その上、世の中には、大物と言われ、自らは背後にあって策を弄し、手を濡らすことなくして、犯罪を遂げる黒幕的存在たる吞舟の魚者もいる。俗に、『悪い奴ほどよく眠る。』という言葉があるが、かかる類がそれである。しかし、法は、かかる類を、見逃してよいものであるうか。共謀共同正犯を認めようとする根拠は、実にここに、胎胚する」と論じた(龍岡資久「共謀共同正犯に関する諸問題」植松正等編『現代の共犯理論』・昭和三十九年・二二四頁以下)。

(73) 石田・前掲注(22)一〇二頁。

(74) 石田・前掲注(22)一〇二頁。

(75) 石田・前掲注(22)一〇二頁。

(76) 石田・前掲注(22)一〇二頁。

(77) 石田・前掲注(22)一〇二頁。

(78) 石田・前掲注(22)一〇二頁。